

РЕШЕНИЕ

№ 3930

гр. София, 15.07.2020 г.

В ИМЕТО НА НАРОДА

АДМИНИСТРАТИВЕН СЪД - СОФИЯ-ГРАД, Трето отделение 36 състав,
в публично заседание на 14.05.2020 г. в следния състав:

СЪДИЯ: Наташа Николова

при участието на секретаря Виктория Вълчанова, като разгледа дело номер **12891** по описа за **2019** година докладвано от съдията, и за да се произнесе взе предвид следното:

Производството е образувано по жалба на Институт по Механика при БАН, представляван от директора П. Д., срещу Решение №80811-758/14.10.2019г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е определена финансова корекция за обособена позиция № 1 и за обособена позиция № 2.

В жалбата се излага, че оспореното решение е нищожно, алтернативно незаконосъобразно и необосновано, постановено в противоречие с действителното правно и фактическо положение. Иска се да се отмени изцяло Решение № 80811-758/14.10.2019г. на Изпълнителния директор на Изпълнителна агенция „Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е определена финансова корекция в размер на 25 на сто от предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ по обособена позиция № 1 и 10 на сто от предоставената финансова подкрепа от ЕСИФ по обособена позиция № 2 на обществена поръчка с предмет: „Доставка, инсталиране, пускане в действие и обучение на специализирана апаратура за нуждите на ИМЕХ по проект BG05M2OP001-1.001-0008-C02 „Национален център по мехатроника и чисти технологии“ по обособени позиции и сключените въз основа на обществената поръчка договори.Считат основанията за налагане на финансова корекция за формални.Претендират присъждане на направените в производството по делото разноски, вкл. за юрисконсултско възнаграждение.

В проведено по делото открито съдебно заседание жалбоподателят редовно уведомен, се представлява от юрк. П., с пълномощно по делото. Последната поддържа жалбата и моли съда да я уважи. Съображения се излагат и в постъпили по делото писмени бележки. Претендират и присъждане на направените в производството по делото разноски.

ОТВЕТНИКЪТ - редовно призван, представлява се от експерт с юридическо образование Б., с пълномощно по делото, който моли съда да отхвърли жалбата. Претендира направени по делото разноски. Подробни съображения се излагат в писмени бележки по делото.

Административен съд София-град след като обсъди доводите на страните, прецени представените по делото доказателства поотделно и в тяхната съвкупност и извърши проверка на оспорения акт в съответствие с разпоредбата на чл. 168 АПК, приема за установено от фактическа страна следното:

По проект BG05M20P001—1.001-0008 „Национален център по мехатроника и чисти технологии финансиран по Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“ 2014-2020, чрез ИНСТИТУТ ПО МЕХАНИКА - БАН, в качеството му на възложител е проведена обществена поръчка - открита процедура по реда на ЗОП, с предмет: „Доставка, инсталиране, пускане в действие и обучение на специализирана апаратура за нуждите на ИМЕХ по проект BG05M20P001-1.001-0008-C02 „Национален център по мехатроника и чисти технологии“ (ЦВП по М. и чисти технологии) по 2 обособени позиции, в резултат на която е сключен договор по Обособена позиция 1 (ОП1) № РД-09-268-1/26.03.2019 г. с изпълнител [фирма], на стойност 117 448 лв. без ДДС и договор по Обособена позиция 2 (ОП2) № РД-09-268-2/28.03.2019 г., с изпълнител [фирма], на стойност 180 000 лв. без ДДС, представен с пакет отчетни документи № 3 от 30.06.2019 г. в ИСУН 2020.

При проверка на възложената обществена поръчка за доставка и сключените договори (по двете обособени позиции), е констатирано нарушение, което има или би имало финансово влияние върху средствата от ЕСИФ:

1. Дискриминационни технически спецификации:

Съгласно изискванията по чл. 49, ал. 1 и ал. 2 от ЗОП, техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на участниците и да не създават необосновани пречки в условията на конкуренция. Същите не могат да съдържат конкретен модел, източник или специфичен процес, който характеризира продуктите или услугите, предлагани от конкретен потенциален изпълнител, нито търговска марка, патент, тип или конкретен произход или производство, което би довело до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или някои продукти. По изключение, когато е невъзможно предметът на поръчката да се опише достатъчно точно и разбираемо, се допуска подобно посочване, като задължително се добавят думите „или еквивалентно/и“. Т.е. за да се осигури равен достъп на участниците в процедурата и за да не се създават необосновани пречки в условията на конкуренция, е задължително

във всички случаи, когато се посочва някоя от изброените в чл. 49, ал. 2 от ЗОП характеристики, възложителят да добавя думите „или еквивалент“.

В случая, зададения в Техническата спецификация по обособена позиция № 1 като минимално изискване, параметър на „Апаратура за изследване на топлопроводимост - за филми и малки образци, с висока чувствителност и широк обхват на измерване“ (т. 18 от спецификацията), а именно:

„Софтуер - W. 10 базиран, с безплатен достъп за надграждане, който позволява:

.....не допуска други еквивалентни технически решения, постигащи целения резултат, с което необосновано се възпрепятства участието на лица в обществената поръчка, в нарушение на принципите за равнопоставеност и свободна конкуренция. В решението се посочва, че с поставеното условие възложителят е нарушил разпоредбата на чл. 49, ал. 2, изр. второ, тъй като не е добавил думите „или еквивалентно/и“. На така формулираното изискване за специфицирана операционна система отговаря само един производител на операционна система, а именно компанията М. и само един неин продукт - W. 10.

Посочено е, че е налице обективно обстоятелство, от което е видно, че е налице нарушение на изрично уредени правни норми, задължаващи възложителят/бенефициентът да добавя думите „или еквивалент“ във всички случаи, когато се посочва някоя от изброените в чл. 49, ал. 2 от ЗОП характеристики. А именно включването на точно определена търговска марка в техническите спецификации е нарушение на българското и европейско законодателство, тъй като може да доведе до облагодетелстване или елиминиране на определени лица или стоки. Констатираното съдържание на конкретни търговски марки е в нарушение на изискванията на чл. 49, ал. 2 от ЗОП и е недопустимо при провеждане на обществена поръчка. Така потенциалните участници са възпрепятствани от участие в процедурата, с което е нарушен принципът на свободна конкуренция, прокламиран в чл. 2, ал. 1, т. 2 от ЗОП.

Доколкото поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като поставеното ограничително условие в Техническата спецификация по Обособена позиция № 1, касаещо изискването за „Софтуер - W. 10 базиран, с безплатен достъп за надграждане, който позволява: е довело до разубеждаващ ефект в потенциалните участници и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако техническата спецификация беше законосъобразно определена, размерът на финансовата корекция е определен по пропорционалния метод на основание чл. 5 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ:

Нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по

смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, каквато е настоящата поръчка, в зависимост от тежестта на нарушението е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

ПРИ определяне на размера на финансовата корекция за нередността, УО е взел предвид следните обстоятелства:

- Прогнозната стойност на поръчката е 300 000 лв. без ДДС и попада в обхвата на чл. 20, ал. 1, т. 1,б. “б“ от ЗОП;

-Получени са били две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11, б. “б“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, за което е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто.

По тези съображения е прието, че за допуснатото нарушение следва да бъде определена финансова корекция в размер на 5 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения по ОП 1 Договор № РД-09-268-1/26.03.2019 г., с изпълнител [фирма], на стойност 117 448 лв. без ДДС.

2. Дискриминационни технически спецификации:

В решението УО се позовава на чл. 49, ал. 1 от ЗОП. Техническите спецификации следва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция. Разпоредбата на чл. 48, ал.1 от ЗОП посочва начините за определяне на техническите спецификации, като съгласно чл. 42, ал.2 от ЗОП, всяко посочване на стандарт, спецификация, техническа оценка, техническо одобрение или технически еталон по чл. 48, ал. 1, т. 2 следва да е допълнено с думите „или еквивалентно/и“.

В случая се сочи, че в Техническата спецификация по обособена позиция № 1 на „Апаратура за изследване на топлопроводимост - за филми и малки образци, с висока чувствителност и широк обхват на измерване“, като минимално изискване, под № 4 от спецификацията е заложен параметър, на който следва да отговаря апаратурата, а именно да покрива следните стандарти: ASTM E1461, ASTM C714, ASTM E2585, ISO 13826, ISO 22007- Part4, ISO 18755, BS ENV 1159-2, D. 30905, and D. EM821“. Видно от формулировката, възложителят е изброил 9 (девет) стандарта, на които оборудването следва да отговаря, без да е добавил израза "или еквивалентно/и", в нарушение на чл. 48, ал. 2 от ЗОП. С така формулираното минимално изискване възложителят е поставил характеристики, които са прекалено специфични и по този начин не предоставят равен достъп на участниците за участие, като е прието, че води

до необосновано ограничаване на конкуренцията за участие в обществената поръчка.

В тази връзка Институт по механика - БАН, в качеството му на възложител на обществени поръчки по смисъла на чл. 5 от ЗОП, при изготвяне на техническата спецификация като част от документацията за възлагане на обществена поръчка е длъжен да спазва разпоредбата на чл. 48, ал. 2 от ЗОП и в този смисъл е бил длъжен да добави израза "или еквивалент" при всяко посочване на стандарт. С неспазването на посочената разпоредба е прието, че възложителят е допуснал нарушение и на чл. 49 от ЗОП, като не е осигурил равен достъп на участниците до процедурата за възлагане на обществената поръчка - по обществената поръчка участие могат да вземат само участници, чиято апаратура покрива единствено изброените от възложителя стандарти, но не и такива, които могат да предложат апаратура, покриваща еквивалентни стандарти, като по този начин са създадени необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка. Посочените стандарти се изискват кумулативно, т.е. предлаганата апаратура трябва да отговаря едновременно на всичките 9 изчерпателно посочени стандарта, без възможност за алтернатива и еквивалент.

Като допълнителен аргумент за нарушение на чл. 49, ал. 1 от ЗОП е посочено и обстоятелството, че в т. II. Допълнителни изисквания, които са предимство за участниците при изпълнени минимални изисквания“ от Техническата спецификация са заложили следните изисквания: „Да включва поне 2 прободържателя с размер 12.7 mm, с кръгла или с квадратна форма; Да осигурява измерване в по-широк диапазон и обхват от указаните в минималните изисквания; Удължена безплатна гаранция с 12,24 до 36 месеца“.

Посочено е, че подобно ограничително изискване е формулирано и на стр. 3 от документацията, където изрично е посочено в забележка, че „За обособена позиция № 1- предложен от съответния участник по-дълъг гаранционен срок с 12, 24 до 36 месеца ще бъде предимство при еднакво ценово предложение на участниците, които участват за тази обособена позиция“, с което се нарушава чл. 2, ал. 2 от ЗОП. Съгласно посочената разпоредба, при възлагането на обществени поръчки възложителите нямат право да ограничават конкуренцията чрез включване на условия или изисквания, които дават необосновано предимство или необосновано ограничават участието на стопански субекти в обществените поръчки и които не са съобразени с предмета, стойността, сложността, количеството или обема на обществената поръчка.

УО е посочил, че доколкото в случая възложителят е заложил като критерий за оценка „най- ниска цена“, то същия няма право да предоставя „предимство“ на каквито и да е други основания, като следва да класира офертите единствено съобразно офертираната цена.

Постъпилата жалба е подадена в законоустановения 14 дневен срок, от лица с правен интерес срещу подлежащ на обжалване ИАА. Същият е издаден и от компетентен орган, в кръга на неговите правомощия.

Съдът намира, че в случая УО е разгледал всички относими факти и обстоятелства,

приложил е релевантните правни норми, надлежно се е мотивирал при спазване на административнопроизводствените правила по издаването на акта. Преди издаването на процесното решение управляващият орган е осигурил възможност с Писмо с рег. № BG05M20P001-1.001-0008-C03-M156 от 13.09.2019 г. бенефициентът да представи своите писмени възражения по основателността и размера на финансовата корекция и при необходимост да приложи доказателства. След получаването на възражението рег. № BG05M20P001-1.001-0008-C03-M165/24.09.2019 г. са били обсъдени и взети предвид изложени възражения и доказателства. За всяко нарушение в решението е посочена релевантната норма от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове /ЗУСЕСИФ/, Закона за обществените поръчки/ЗОП/, Правилника за прилагане на Закона за обществените поръчки /ППЗОП/, Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, Регламент (ЕС) № 1303/2013 и приложимите клаузи на административния договор за предоставяне на БФП. Извършените референции точно описват реализирания фактически състав на нарушенията, включително и съображения относно нарушаването на конкуренцията, финансовото им отражение основателността и размера на определените финансови корекции.

Нарушението на правото на Съюза и в частност на принципите на прозрачност, равнопоставеност и недискриминация, се явяват обективно нарушени при каквито и да било нередности, установени във връзка с проведени процедури за избор на изпълнител, в това число и нередности, свързани с дискриминационни технически спецификации, ограничителни условия и преговаряне по време на процедурата за възлагане на поръчка. Това от своя страна ограничава възможността на икономическите оператори и/или има разубеждаващ ефект за участие в процедурата и винаги създава потенциална възможност за настъпване на вреда в бюджета на Съюза.

По отношение на възраженията в жалбата, касаещи констатация № 2 „Дискриминационни технически спецификации“ от писмото за стартиране на процедурата по налагане на финансова корекция, потвърдена в Решение № 80811-758/14.10.2019 год.:

Жалбоподателят излага аргументи само по целесъобразността на поставеното изискване, като правилно от УО се сочи, че целесъобразността на поставените изисквания в техническата спецификация имат значение единствено за възложителя, но от гледна точка на ЗОП и ППЗОП, важна е законосъобразността на поставените в техническата спецификация изисквания, с цел спазване на принципите, регламентирани в чл.2 от посочения закон. Ето защо на възложителите на обществените поръчки е предоставено правото сами да определят своите нужди и потребности, както и начина по който могат да бъдат задоволени в най- голяма степен, но това следва да се осъществява при спазване на принципите, залегнали в чл. 2 от ЗОП.

Разпоредбата на чл. 49, ал. 1 от ЗОП е категорична, че техническите спецификации трябва да осигуряват равен достъп на кандидатите или участниците до процедурата за

възлагане на обществената поръчка и да не създават необосновани пречки пред възлагането на обществената поръчка в условията на конкуренция, като маркира ясно границите на оперативната самостоятелност на възложителя при определяне на техническите спецификации. Законодателят в чл. 48, ал.2 от ЗОП, изрично е указал, че всяко посочване на стандарт, спецификация, техническа оценка, техническо одобрение или технически еталон по чл. 48, ал. 1, т. 2 следва да е допълнено с думите „или еквивалентно/и“.Нормата е императивна и неспазването ѝ е съществено нарушение при откриването на процедурата и води до отмяна на решението за откриване.

По отношение въведените в техническата спецификация допълнителни изисквания/условия, които „са предимство за участниците“, а именно, че за тях е приложима разпоредбата на чл. 48, ал.3 от ЗОП, която дава възможност на възложителя да постави допълнителни изисквания, които са свързани с предмета на поръчката и са пропорционални на нейната стойност и цели, които могат да се отнасят до специфичен процес или метод за производство или предоставяне на строителство, доставки или услуги, или до специфичен процес на друг етап от жизнения им цикъл, тъй като в случая се касаело за „специфичен процес, свързан с предмета на поръчката и пропорционален на нейната стойност и цели“. В тази връзка следва да се отбележи, че нормата на чл. 48, ал.3 от ЗОП би била приложима само ако тези допълнителни изисквания бяха заложи в техническата спецификация, без да бъде посочвано, че дават „предимство“ на участниците, които са ги оферирали, тъй като не е ясно в какво се изразява това предимство.

В този смисъл, обстоятелството, че допълнителните предимства „не са повлияли върху оценяването на офертите безспорно не санира нарушението на чл.49, ал. 1 от ЗОП.

Не са посочени аргументи по отношение другото подобно формулирано ограничително изискване на стр. 3 от документацията, където изрично е посочено в забележка, че „За обособена позиция № 1 - предложен от съответния участник по-дълъг гаранционен срок с 12, 24 до 36 месеца ще бъде предимство при еднакво ценово предложение на участниците, които участват за тази обособена позиция“, с което се нарушава

чл. 2, ал. 2 от ЗОП.

За потенциалните участници не е ясно как, т.е. по какъв начин и по какъв ред ще се осигури това предимство, като се има предвид, че критерият за оценка е „най- ниска цена“, а не някой от критериите по чл. 70, ал.2, т. 2 и 3 от ЗОП, при които е налице Методика за оценка, в която може да се предвиди присъждането на точки за надграждащите предложения спрямо минималните изисквания.

УО правилно е приел, че за потенциалните участници е неясно по какъв механизъм, обективно и безпристрастно ще бъде дадено „предимство“ на участниците с еднакви ценови предложения, което би могло да доведе до разубеждаващ ефект у тях, от участие в процедурата.

Съдът не споделя като аргумент, че по процедурата не са постъпвали искания за разяснение и/или за изменение на документацията, респ. обявлението за поръчката, както и че не са отстранени оферти на това основание. Подаването на искания за разяснение, за промяна в документацията и обявлението, както и на жалби на актовете по чл. 196 от ЗОП е една правна възможност за заинтересованите лица, а не задължение, поради което липсата на обжалване, искания за разяснение и предложения за изменения не може да бъде критерий за това налице ли е нередност. Обстоятелството, че не са отстранени оферти на това основание не води автоматично до извод за липса на нарушение. Същото, съгласно Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и процентните показатели за определяне размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ не може да бъде и основание за намаляване на размера на финансовата корекция, както правилно се посочва.

Твърдението, че най-вероятно на пазара няма други доставчици/производители, които да отговорят на изискванията на апаратурите за бъдещата научна дейност, поради което не било налице „реално или потенциално финансово увреждане“, т.е. липсвало влияние на бюджета на ЕС, с което не бил изпълнен фактическия състав на т.11 от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, е необосновано. Догадките налице ли са или не други доставчици/производители, които да отговарят на изискванията са

ирелевантни за спазването на чл. 49, ал. 1 и чл. 48, ал. 2 от закона.

С оглед изложеното правилно УО е приел, че е налице незаконосъобразна техническа спецификация, която има разубеждаващо влияние върху потенциалните участници, а отказът от участие от своя страна намалява конкуренцията, както и възможността бенефициента да избере икономически най-изгодната оферта.

По конкретната процедура, поради естеството на нарушението, не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици. Поставеното ограничително условие в Техническата спецификация по Обособена позиция № 1, касаещо изискването за съответствие с конкретни сертификати без възможност за еквивалент, би могло да доведе до разубеждаващ ефект в потенциалните участници. Поради тази причина размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата, който би участвал в същата, ако техническата спецификация беше законосъобразно определена. Затова размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод на основание чл. 5 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, както следва:

Нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, за която при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, каквато е настоящата поръчка, в зависимост от фактическия състав на нарушението е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

При определяне на размера на финансовата корекция за

нередността, УО е взел предвид следните обстоятелства:

- Прогнозната стойност на поръчката е 300 000 лв. без ДДС и попада в обхвата на чл. 20, ал. 1, т. 1, б. "б" от ЗОП;

- Получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, за което е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто.

С оглед гореизложеното, за допуснатото нарушение напълно законосъобразно е определена финансова корекция в размер на 5 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения по ОП 1 Договор № РД-09-268-1/26.03.2019 г., с изпълнител [фирма], на стойност 117 448 лв. без ДДС.

По отношение на възраженията, касаещи „Дискриминационни технически спецификации“ от писмото за стартиране на процедурата по налагане на финансова корекция, потвърдена в Решение № 80811- 758/14.10.2019г. Подобно на изложеното по-горе, по констатация № 2, отново жалбоподателят изтъква, че предметът на доставка по Обособена позиция № 1, а именно - специфична апаратура, обуславя поставеното изискване към софтуера, „ Софтуер - W. 10 базиран, с безплатен достъп за надграждане, които позволява:.....“ , без да са добавени думите „или еквивалентно/и“, което е нарушение на чл. 49, ал. 2, изр. второ от ЗОП.

Изложените аргументи, че на пазара „всички апаратури за изследване на топлопроводимост са базирани на операционна система W., с единствен производител компанията M.\ респ. че „не съществуват еквивалентни технически решения за специализиран софтуер, базиран на други операционни системи от други производители“, с които бенефициентът обосновава включването в техническата спецификация по ОП 1 на изискването за „ Софтуер -W. 10 базиран, с безплатен достъп за надграждане, който позволява:без да бъде предоставена възможност за еквивалент. Дори изложените твърдения да отговарят на обективната действителност, те не могат да бъдат аргумент за неспазване на изискванията на закона при обявяването и

провеждането на обществените поръчки, в частност за нарушаване на чл. 49, ал. 2, изр. второ от ЗОП.

В този смисъл описаната от жалбоподателя функционалност на софтуера обосновава единствено целесъобразността при залагането на този критерий, но нарушението е формално допуснато. Безспорно в случая е и обстоятелството, че софтуерът е неразделна част от системата, предмет на обществената поръчка, в частта и по ОП 1. Видно и от ценовото предложение същият е включен в общата цена на системата.

Поради естеството на нарушението не може да се даде реално количествено изражение на финансовите последици, тъй като поставеното ограничително условие в Техническата спецификация по Обособена позиция № 1, касаещо изискването за „Софтуер - W. 10 базиран, с безплатен достъп за надграждане, който позволява: ...“ е довело до разубеждаващ ефект в потенциалните участници и размерът на финансовото отражение обективно не може да се определи, тъй като няма как да се прогнозира каква би била най-добрата предложена оферта от потенциален участник в процедурата по ЗОП, който би участвал в същата, ако техническата спецификация беше законосъобразно определена, размерът на финансовата корекция се определя по пропорционалния метод на основание чл. 5 от Наредбата и чл. 72, ал. 3 от ЗУСЕСИФ, както следва:

Нарушението представлява нередност по т. 11 „Използване на основания за отстраняване, критерии за подбор, критерии за възлагане или условия за изпълнение на поръчката или технически спецификации, които не са дискриминационни по смисъла на т. 10 от настоящото приложение, но ограничават достъпа на кандидатите или участниците“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ за която при поръчки по чл. 20, ал. 1 от ЗОП, каквато е настоящата поръчка, в зависимост от тежестта на нарушението е предвидена финансова корекция в размер на 25, 10 или 5 на сто от поисканите за възстановяване разходи по засегнатия договор.

При определяне на размера на финансовата корекция за нередността, УО е взел предвид следните обстоятелства:

- Прогнозната стойност на поръчката е 300 000 лв. без ДДС и попада в обхвата на чл. 20, ал. 1, т. 1, б. "б" от ЗОП;
- Получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11, б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, за което е предвидена финансова корекция в размер на 5 на сто.

С оглед гореизложеното, за допуснатото нарушение напълно законосъобразно е определена финансова корекция в размер на 5 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения по ОП 1 Договор № РД-09-268-1/26.03.2019 г.

При определяне на размера на финансовата корекция за нередността, УО е взел предвид следните обстоятелства:

- Прогнозната стойност на поръчката е 300 000лв без ДДС и попада в обхвата на чл. 20, ал. 1, т. 1,б. "б" от ЗОП;
- Нередността засяга сключените договори по двете обособени позиции: При обособена позиция № 1: Получени са две оферти, които са допуснати и отговарят на критериите за подбор, т.е. налице е минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11,б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, за което е предвидена финансова корекция в размер на 5%;

При обособена позиция № 2: Получена е една оферта, т.е. не е осигурено минимално ниво на конкуренция по смисъла на т. 11,б. "б" от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата, което да обосновава налагането на по-нисък процент финансова корекция (5%).

Следователно в конкретния случай напълно законосъобразно на основание на чл. 70, ал. 1, т. 9 от ЗУСЕСИФ и чл. 5, ал.1 от Наредбата, за конкретното нарушение е определена финансова корекция както следва:

По Обособена позиция № 1 - в размер на 5 на сто спрямо

засегнатите от нарушението разходи по сключения договор № РД-09-268-1 / 26.03.2019г., с изпълнител [фирма], на стойност 117 448 лв. без ДДС и по Обособена позиция № 2 - в размер на 10 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения договор № РД-09-268-2 / 28.03.2019г. с изпълнител [фирма], на стойност 180 000лв без ДДС.

В оспорваното решение констатацията за нарушение по т. 23 е отпаднала (на 20 стр. от решението се казва, че констатацията по т. 5 „Съществено изменение на елементите на договора, посочени в обявлението за поръчката или в документацията за участие“ от писмото за стартиране на процедура по налагане на финансова корекция, отпада.)

Нарушението се квалифицира по т. 17 „Преговори в хода на процедурата за възлагане на обществена поръчка, включително изменение на офертата на избрания изпълнител“ от Приложение № 1 към чл. 2, ал. 1 на Наредбата за посочване на нередности, представляващи основания за извършване на финансови корекции, и на процентните показатели за определяне на размера на финансовите корекции по реда на ЗУСЕСИФ, като попада в обхвата на буква „б“ от посочената точка, според която: „При открита или ограничена процедура, възложителят е преговарял с участник, което е довело до сключване на съществено изменен договор спрямо първоначалните условия от обявлението за поръчка и/или документацията“. Безспорно в случая, в резултат на полученото от избрания за изпълнител Лабтрейд ВиА О. писмо с вх. № 92 от 13.03.2019г., с предложение за промяна в начина на плащане и отпадане на банковата гаранция, обезпечаваща аванса, възложителят е сключил съществено изменен договор спрямо първоначалните условия, посочени в документацията и в проекта на договора.

Договорът трябва да съответства на проекта, приложен в документацията, допълнен с всички предложения от офертата на участника, въз основа на които последният е определен за изпълнител на поръчката, като е предвидено, че промени в проекта на договор се допускат по изключение, когато е изпълнено условието по чл. 116, ал. 1, т. 5 (промените не са съществени) и са наложени от обстоятелства, настъпили по време или след

провеждане на процедурата.

В случая извършеното изменение в проекта на договора не попада в обхвата на посоченото изключение, защото не са налице кумулативно и двете предпоставки - изменението да е несъществено по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 5 от ЗОП и да е наложено от обстоятелства, настъпили по време или след провеждане на процедурата.

Извършеното изменение в сключения договор (чрез отпадането на клаузата, регламентираща задължението на избрания за изпълнител да предостави гаранция, обезпечаваща предоставения аванс) попада в обхвата на чл. 116, ал. 5, т. 2 от ЗОП, тъй като отпадането на гаранцията за обезпечение на авансовото плащане, въведена като предпоставка за сключването на договора е изменение, което води до ползи за изпълнителя, които не са били известни на останалите участници в процедурата.

Предвид принципа за некумулиране на финансови корекции, залегнал в чл. 72, ал.4 от ЗУСЕСИФ и чл.7 от Наредбата, законосъобразно за констатираните нарушения е определено налагане на финансова корекция в размер, както следва:

ЗА БОСОБЕНА ПОЗИЦИЯ № 1 - в размер на 25 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения договор № РД-09-268-1/26.03.2019 г., с изпълнител [фирма], на стойност 117 448 лв. без ДДС.

ЗА БОСОБЕНА ПОЗИЦИЯ № 2 - в размер на 10 на сто спрямо засегнатите от нарушението разходи по сключения договор № РД-09-268-2 / 28.03.2019г. с изпълнител [фирма], на стойност 180 000лв без ДДС.

Съобразно изложените мотиви и оспореното решение се явява изцяло законосъобразно.

Водим от горното АССГ

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на Институт по Механика при БАН, представляван от директора П. Д., срещу Решение

№80811-758/14.10.2019г. на Ръководителя на Управляващия орган на Оперативна програма „Наука и образование за интелигентен растеж“, с което е определена финансова корекция за обособена позиция № 1 и за обособена позиция № 2.

Решението може да бъде обжалвано с касационна жалба пред Върховния административен съд в 14-дневен срок от получаването му.

СЪДИЯ: